

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DO PARANÁ

*Kikine
Para um
estudo do direito da
criança e do adolescente,
com ênfase de sua
ênfase, Maria J. Machado*



Coleção Comissões – Volume VI

OS VÁRIOS OLHARES
DO DIREITO DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE

Curitiba – Paraná
Novembro - 2006

A AFIRMAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

sys- 1115994

SÉRGIO LUÍZ KUKINA

Procurador de Justiça no Paraná

1. Introdução; 2. Direito internacional dos direitos humanos; 3. A presença da criança na normativa internacional; 4. O paradigma da proteção integral; 5. O sistema tutelar internacional; 6. Mecanismos tutelares internos; 7. O indelegável papel do Judiciário; 8. Tendência nos pretórios; 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Ao ensejo de seu décimo quinto ano de vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069, de 13.7.90) ainda se acha envolto em considerável névoa de mistério, o que dificulta a compreensão tanto quanto a implementação de suas excelentes potencialidades.

Razoável parcela da população brasileira, ainda hoje, acredita que o Estatuto foi implantado com um único propósito, qual seja, o de permitir que menores de dezoito anos possam cometer crimes, sem receber qualquer punição por isso. Nesse âmbito, dentre outros criticáveis fatores, a própria intervenção da mídia acaba contribuindo para disseminar informações distorcidas, de que é exemplo enquete levada ao ar por certa emissora de televisão, já na vigência do ECA, na qual se indagava ao público se o menor de dezoito anos deveria, ou não, ser punido

quando praticasse um crime qualquer. Com essa despropositada e infeliz pergunta, passou-se ao espectador a falsa impressão de que não existiria lei alguma para refrear o jovem infrator, o que não era verdade.

Assim, à falta de melhores esclarecimentos, e por isso desconhecendo a vasta abrangência dos demais assuntos nele tratados, a comunidade leiga, de um modo geral, continua desacreditando no Estatuto, nomeadamente em razão de sua suposta frouxidão e benevolência para com os infratores juvenis, o que não só os estimularia a ingressar e permanecer na delinquência, como também incentivaria a que criminosos adultos os cooptassem para práticas delitivas. A realidade normativa, entretanto, direciona em sentido absolutamente oposto, haja vista que as respostas disponibilizadas no ECA, a par de sua acenada imediatidade, guardam adequada relação de proporcionalidade com os diversos níveis de gravidade do comportamento infracional do adolescente, cogitando-se desde a simples medida de advertência até ao rigoroso regime de internação (art. 112). Nessa vertente, aliás, desmerece qualquer crítica o salutar instituto da remissão (art. 126), cuja medida político-legislativa, em casos de menor relevância, almeja evitar o desgaste ocasionado por um desnecessário processo judicial. Atualmente, vale lembrar, mesmo os adultos imputáveis contam com análoga benesse, sob o *nomen iuris* de transação penal, a qual vem disciplinada na legislação reguladora dos juizados especiais criminais e, indubitavelmente, buscou inspiração na preexistente remissão do ECA.

Já em setores mais específicos do tecido social, também se detecta ostensivos focos de resistência, embora com matizes diferentes. Nesse sentido, significativa parcela de educadores ressalta a sensação de que o ECA teria implicado no enfraquecimento da autoridade dos professores perante seus alunos. Ao mesmo tempo, nos domínios da segurança pública, agentes policiais alegam desestímulo no atendimento de ocorrências envolvendo transgressores adolescentes, enquanto que, no âmbito familiar, vê-se instalada entre pais a falsa percepção de que o Estatuto lhes teria solapado boa porção da autoridade paterna. Enfim, professores, policiais e genitores parecem nutrir em comum, em maior ou menor grau, o desconfortável sentimento de que a Lei nº 8.069/90 teria por maior propósito, isto sim, fiscalizá-los, desautorizá-los e puni-los ante a qualquer atitude que, minimamente, pudesse traduzir lesão aos direitos conferidos a crianças e adolescentes.

Nesse mesmo diapasão, o próprio Estado parece não ter assimilado, em sua plenitude, os graves encargos que lhe foram cometidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo diploma legal, a um só tempo, abarca compromissos anunciados na Constituição Federal de 1988 e em documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, destacando-se, por sua especificidade, a Convenção Sobre os Direitos da Criança (ONU/1989).

Em tal contexto, pode-se afirmar que a mencionada falta de aceitação social do ECA, em larga medida, é reflexo da própria ineficiência das autoridades governamentais na gestão das políticas destinadas ao público infanto-juvenil. Situação bem diversa, por exemplo, é aquela vivenciada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que, conquanto editado à mesma época do Estatuto da Criança e do Adolescente, parece ter prontamente caído nas graças de todas as camadas consumidoras, mostrando-se portador de grande apelo popular. Entretanto, nem por isso deve o ECA, conforme costume coloquial, ser considerado como uma daquelas leis que “não pegou”, embora ainda haja, é inegável, um grande e desafiante caminho até que se atinja sua plena efetivação prática, quando, então e certamente, reunirá credenciais suficientes para angariar a afeição do povo brasileiro.

Nessa paisagem ainda nebulosa, avulta em importância o papel confiado ao Poder Judiciário, cujas alentadas decisões, a um só tempo, podem concretamente reabilitar negligenciados direitos de crianças e adolescentes, tanto quanto oferecer valiosos referenciais às demais instâncias (família, sociedade em geral e Estado) comprometidas com a implementação das regras estatutárias.

A partir, pois, dessas pontuais premissas é que, no presente estudo, buscar-se-á realçar alguns dados teórico-normativos, hauridos do direito internacional (com destaque para o direito internacional dos direitos humanos) e do direito interno, de modo a que, ao final, com apoio em precedentes selecionados junto às Cortes Superiores (STF e STJ), possa-se aferir em que medida o direito infanto-juvenil brasileiro vem se afirmando e, conseqüentemente, ganhando respaldo no solo empírico.

2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Nem sempre a pessoa humana foi reconhecida como sujeito de direito internacional, cuja qualidade, historicamente falando, era restrita ao Estado soberano, enquanto partícipe de pactos firmados com outros Estados igualmente soberanos, estabelecendo-se, entre eles, condições que visavam à obtenção de vantagens recíprocas para os próprios Estados signatários. Por certo que hodiernamente ainda proliferam acordos bi ou multilaterais, bem como tratados (de cooperação científica ou econômica, p. ex.), em que os sujeitos diretos dessas relações jurídico-internacionais continuam sendo os Estados.

Todavia, notadamente com o surgimento da ONU (1945), consolida-se um novo ramo dentro do clássico direito internacional público, sob a alcunha de ‘direito internacional dos direitos humanos’, que continuará a alimentar-se de regras

fixadas em declarações ou tratados contraídos por Estados soberanos, com a notável diferença de que os agora rotulados ‘direitos humanos’, assim proclamados, terão por sujeitos titulares toda e qualquer pessoa humana, onde quer que se encontrem, daí seu caráter universal e, ao mesmo tempo, indivisível, já que os novos sujeitos titulares (as pessoas humanas) serão credores dos direitos humanos em toda a sua plenitude, podendo exercitá-los e reclamá-los em qualquer lugar e em face de qualquer Estado. O respeito aos direitos humanos deixa, portanto, de ser uma questão de interesse exclusivo do Estado a que pertence o indivíduo, o qual, por conta disso, converte-se num efetivo sujeito de direito internacional, amalgamando sua presença no cambiante cenário das complexas relações entre os povos. É o vivo reconhecimento, enfim, da dignidade da pessoa humana no território jurídico-político, hoje erigida a princípio fundante das Constituições modernas (no caso brasileiro, a Constituição de 1988 elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito).¹

Em apertado retrospecto, cumpre lembrar que, ao mesmo tempo em que surgia, no primeiro pós-Guerra (1919), a Sociedade ou Liga das Nações, também nascia a Organização Internacional do Trabalho – OIT, esta última orientada a recomendar, aos Estados-filiados, regras mínimas em prol das classes operárias, haja vista a exploração e os abusos a que vinham sendo submetidas desde a Revolução Industrial. Chamava a atenção, sobretudo, a indiscriminada submissão de mulheres e crianças a trabalhos penosos, que chegavam até dezesseis horas diárias nos teares e minas de carvão. Vê-se, nesse primeiro reporte, um alvissareiro prenúncio da colocação do homem como centro das atenções do direito internacional.

Frustrada no seu propósito maior de fomentar a pacificação entre os povos, haja vista a eclosão da Segunda Grande Guerra, a Liga das Nações cede lugar à Organização das Nações Unidas – ONU, criada pela Carta de São Francisco (1945), com o renovado propósito de congregar os Estados-partes em torno de objetivos comuns, dentre eles o de proscrever os horrores novamente vivenciados

1 - Nos termos da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acresceu-se ao art. 5º da Constituição Federal novo e importante parágrafo alusivo aos direitos humanos, com a seguinte redação: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Tal previsão, de algum modo, agrega novo ingrediente à antiga discussão sobre saber se as normas de direitos humanos, constantes de tratados ratificados pelo governo brasileiro, ingressam automaticamente, ou não, no ordenamento pátrio com o status de norma constitucional. Como se sabe, na contramão da majoritária doutrina especializada, o Supremo Tribunal Federal, de há muito, firmou jurisprudência no sentido da não recepção automática.

no segundo conflito mundial, tanto quanto o de defender a primazia dos direitos humanos.

Assim, a ONU dá início a um monumental empreendimento normativo, que viria a ser conhecido como “Carta Internacional dos Direitos Humanos”, composta de três documentos internacionais básicos, a saber, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (aprovada em 1948), o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis (aprovado em 1966) e o Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (também aprovado em 1966). Estes dois Pactos, por assim dizer, contêm os mesmos direitos já enunciados na Declaração de 1948, porém, sabido que, no âmbito das relações internacionais, as declarações possuem mero caráter exortativo (não-obrigatório), mostrava-se de plena conveniência prática que as regras declarativas de 1948 fizessem parte de subseqüentes instrumentos que realmente obrigassem e vinculassem aos países subscritores, como ocorre com os chamados pactos, tratados ou convenções. Daí a razão da superveniência dos dois Pactos aprovados em 1966, os quais, uma vez ratificados pelos Estados firmatários, passam a ter força de direito interno nos respectivos territórios nacionais.

O Pacto dos Direitos Civis alberga os denominados direitos de primeira geração, relacionados às liberdades públicas do indivíduo e que, para sua fruição, solicitam uma postura negativa do Estado, no sentido de que este não interfira arbitrariamente na esfera dos valores intrínsecos da pessoa, a quem se deverá assegurar, *u.g.*, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de consciência e de religião, acesso e igualdade de tratamento perante os tribunais, direito de votar e ser votado e assim por diante. Já o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais engloba os chamados direitos de segunda geração, vinculados à satisfação de variadas necessidades materiais do sujeito, que lhe servirão de sustentáculo ao sã cultivo de suas potencialidades de homem livre. Diferentemente do que se dá com os direitos de primeira geração, os de segunda geração reclamam um agir positivo do Estado, a quem tocará prover os meios de subsistência e de uma vida saudável para o cidadão, o que se operará, por exemplo, mediante iniciativas nas áreas da habitação, alimentação, saúde, cultura etc.

Para além desse sistema global de proteção dos direitos humanos, conta-se com mecanismos regionalizados e também imbuídos do propósito de fomentar e difundir a doutrina dos direitos humanos. Neste recorte, o Brasil é integrante do sistema interamericano, que tem por documento mais importante a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

3. A PRESENÇA DA CRIANÇA NA NORMATIVA INTERNACIONAL

De pronto, urge destacar a irrenunciável vinculação existente entre os direitos da infância e os direitos humanos, sendo de lembrar que estes últimos, quando formalmente normatizados, assumem o qualificativo doutrinário de direitos fundamentais.² Compreende-se, por tal razão, o zelo demonstrado pela comunidade internacional, já no primeiro pós-Guerra, ao procurar estabelecer compromissos mínimos dos Estados para com a infância.³

Nessa ambiência, vem a lume, no ano de 1924, a pioneira Declaração de Genebra Sobre os Direitos da Criança,⁴ sob o signo da recém-criada Sociedade (Liga) das Nações. Já sob os auspícios da ONU, sobrevieram, em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança e, três décadas depois, em 1989, a festejada Convenção Sobre os Direitos da Criança.⁵ Entretanto, para antes desses marcos cronológicos,

² Nesse sentido, HÖFFE, Otfried. *Justiça política – fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Trad. Ernildo Stein, Petrópolis, Vozes, 1991, p. 372, esclarece que “Enquanto os direitos humanos e os direitos fundamentais são iguais, sob o ponto de vista de conteúdo, seu modo de existência é diferente. Os direitos humanos são padrões morais, aos quais uma ordem jurídica se deveria submeter. Os direitos fundamentais, ao contrário, são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada. Lá se trata de postulados ético-políticos, os quais, do ponto de vista do tempo e do espaço, são universais. Aqui se trata de normas jurídicas que, limitadas à respectiva coletividade, têm vigência positiva”. Na mesma linha de pensamento, LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, Direitos Humanos – reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 194, aponta que “os direitos humanos alcançaram, no plano universal, por obra da integração dos valores da convivência coletiva, normativamente positivados, o *status* de valores fundamentais”.

³ Sobre o histórico do movimento internacional para a tutela mínima dos direitos da infância, conferir: D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 38-9; MORO, Alfredo Carlo. *Manuale di diritto minorile*. 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 2000, pp. 08-II.

⁴ Como explica ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo, FTD, 1997, p. 162, “foi a vulnerabilidade particular da criança em qualquer situação, especialmente à luz das provações a que foram submetidas na Guerra de 1914-1918, que levou a Liga das Nações a adotar, já em 1924, uma Declaração sobre os Direitos da Criança, composta de um preâmbulo e cinco princípios. Ainda que de abordagem limitada, com linguagem mais apologética e assistencialista do que de direitos – ‘a criança faminta deve ser alimentada; a enferma deve ser atendida; a deficiente deve ser ajudada(...)’ -, essa Declaração tem relevância precursora não negligenciável, até porque antecedeu de muito a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além disso, nos primeiros anos do segundo pós-Guerra, teve seu valor referencial revalidado pela ONU, cuja Comissão Temporária do ECOSOC afirmou, em 1946, serem suas disposições tão ‘vinculantes para os povos do mundo’ naquela época como o haviam sido em 1924”.

não se pode omitir referência à Constituição Mexicana de 1917, que, à frente de seu tempo e chegando mesmo a influenciar o Tratado de Versalhes (1919), na explicação de Josiane Rose Petry Veronese, “foi a primeira no mundo a instituir o Direito do Trabalho e da Previdência Social, bem como disposições relativas ao Direito Agrário e ao Direito Econômico, definindo a ação do Estado Burguês em benefício dos mais necessitados”. Além disso, prossegue Veronese, “No que concerne aos direitos da criança, o art. 123, A, II, da Constituição Mexicana proibia aos menores de 16 anos trabalharem em funções insalubres ou perigosas, em trabalho noturno industrial ou qualquer tipo de trabalho depois das 22:00 horas. No item III, proibia o trabalho a menores de 14 e assegurava aos maiores de 14 e menores de 16 uma jornada máxima de seis horas de trabalho”.⁶

Ao Brasil, todavia, coube o galardão de ter sido o primeiro País da América Latina a aprovar um Código de Menores autônomo, o que se deu em 12 de outubro de 1927, por força do Decreto nº 17.943-A, arcabouço normativo fruto de empreendimento então confiado a José Cândido de Mello Mattos. Cumpre lembrar, no entanto, que três anos antes já se havia implantado no Brasil o primeiro Juízo Privativo de Menores, mais precisamente na cidade do Rio de Janeiro, à época capital da República, consoante reporta Josiane Rose Petry Veronese, em acurado levantamento histórico sobre o tema.⁷

Meio século adiante, quando já instaurado o Sistema FUNABEM (Lei nº 4.513/64) e vigendo o regime militar, assoma, em substituição ao Código Mello Mattos, um novo Código de Menores, implementado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, portando os ditames da acanhada doutrina da situação irregular, cuja concepção, sobretudo na incipiente disciplina do procedimento para apuração do cometimento de infração penal, acabou sofrendo fragorosa desautorização por parte da novel ordem constitucional implantada em 05 de outubro de 1988, que vinha de absorver (cf. art. 227) os democráticos e garantistas lineamentos fornecidos pela doutrina da proteção integral, notável legado da normativa internacional.

É, pois, nesse fértil solo normativo, em que o indivíduo desfruta de singular destaque (não sem razão, ganhou a Carta Republicana de 1988 a alcunha de ‘Constituição Cidadã’), que florescem e conjugam-se esforços tendentes a otimizar a confecção de uma lei regulamentadora do art. 227, que fosse capaz de extrair os

⁵ No Brasil, a Convenção Sobre os Direitos da Criança foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.1990 e promulgada, sem reservas, pelo Decreto Presidencial nº 99.710, de 21.11.1990.

⁶ *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo, LTr, 1999, pp. 186-7.

⁷ *Idem*, p. 23.

melhores frutos das conquistas recém-obtidas em favor dos infantes e jovens de um Brasil marcado por acintosa desigualdade sócio-econômica-cultural. O agradável resultado dessa cruzada cívica materializa-se na edição da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que abriga o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),⁸ tendo por base ideológica a bem concebida doutrina da proteção integral.

4. O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Embora Constituições anteriores (nomeadamente a contar da Carta de 1934) viessem fazendo esparsas alusões aos interesses das populações etárias mais jovens, coube ao Magno Texto de 1988, pela vez primeira no constitucionalismo brasileiro, destinar privilegiado espaço para consagrar direitos mínimos em prol de crianças e adolescentes (Capítulo VII, do Título VIII), constituindo-se o *caput* do artigo 227 na pedra de toque desse festejado avanço, lendo-se ali: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

É consenso, dentre os estudiosos, que aludida fórmula constitucional promove a plena incorporação da superior principiologia da proteção integral, em conformidade com os preceitos da Convenção Sobre os Direitos da Criança.⁹ Nesse aspecto, como bem elucida Antônio Carlos Gomes da Costa, “O *caput* do artigo 227 introduz na Constituição brasileira o enfoque e a substância básica da Convenção

8 - Nesse sentido, registra COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *É possível mudar – a criança, o adolescente e a família na política social do município* – Série Direitos da Criança 1. São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 21-2, que “dezenas de movimentos e entidades aglutinaram-se no Fórum DCA (Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa das Crianças e Adolescentes) para coordenar a elaboração e lutar pela aprovação da nova lei, apontada, desde o princípio, como a “Constituição das Crianças e dos Adolescentes do Brasil”. Entre essas entidades tiveram especial destaque o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da CNBB, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa de Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudos ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tal enfoque permitiu que, na Constituinte, o capítulo dos Direitos da Criança e do Adolescente fosse aprovado com a expressiva maioria de 435 votos a favor e apenas 8 contra. Quando da votação do Estatuto, nas duas Casas do Congresso Nacional, o fenômeno se repetiu. A aprovação se deu por votação das lideranças de todos os partidos representados no Parlamento”.

Internacional dos Direitos da Criança, texto cujo projeto já era conhecido no Brasil quando da elaboração da Carta Constitucional. Assim, em 5 de outubro de 1988, o Brasil incorpora em sua Carta Magna os elementos essenciais de uma Convenção Internacional, que só seria aprovada em 20 de novembro de 1989. Isto ocorreu basicamente em razão da força, da habilidade, da resolução e do compromisso do movimento social que se forjou em torno dos direitos da criança e do adolescente”.¹⁰

Postos em cotejo o antecedente Código de Menores de 1979 e o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente, este supera àquele, sobretudo ao acenar com uma proposta de universalização no atendimento dos interesses de *todas as crianças e adolescentes*, elevando-as ao nível de sujeitos de direitos, ao passo que a revogada lei menorista tinha por alvo uma população bem mais restrita, composta pelos então adjetivados “menores” de dezoito anos, que se achassem em “situação irregular”, a qual se caracterizava, no mais das vezes, pela condição de carência econômica do menor e de seus responsáveis, sem que a legislação apontasse com mecanismos para superar as adversidades enfrentadas pelo conjunto familiar. Noutras palavras, na visão do sepultado diploma de 1979, a sorte da família desestabilizada não interessava ao Estado.

Contudo, em oposto e salutar sentido rumou o ECA, assegurando não só o primado da dignidade humana da criança e do adolescente, mas também a essencialidade da célula familiar, ao inscrever, no artigo 23, verdadeira *regra de ouro*, segundo a qual “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”, adicionando seu parágrafo único que, “Não existindo outro motivo, que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”. Lembre-se, por oportuno, que já a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU/1948) fazia proclamar que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (Art. XVI, 3).

Como já salientado, uma correta percepção do fenômeno da proteção integral passa, antes de nada, pela identificação histórica de sua gênese, brotada do consenso dos povos civilizados quanto à necessidade de serem priorizados, pelos governantes, cuidados básicos em favor da infância, independentemente de fatores

9 - Com precisão, assinala FIRMO, Maria de Fátima Carrado. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 29, que “as normas constitucionais referentes à criança e ao adolescente estão impregnadas dos princípios internacionais dos direitos humanos”.

10 - Obra citada, p. 19.

político-geográficos, religiosos, étnico-culturais, dentre outros. Por isso, sob tal prisma, cabe referendar o posicionamento de Flávia Piovesan, explícita partidária da concepção universalista dos direitos humanos, ao enfatizar que “a intervenção da comunidade internacional há de ser aceita, subsidiariamente, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção aos direitos humanos”.¹¹

Nesse mesmo vetor, comentando a Declaração e Programa de Ação de Viena (DPAV), brotada da Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em 1993, Celso Lafer enaltece o consenso dos Estados participantes quanto ao “reconhecimento da universalidade dos direitos humanos e da legitimidade da preocupação internacional com sua observância”, em que pese à existência de “dispositivos que reconhecem a pluralidade cultural, a importância das particularidades nacionais e regionais e os fatores históricos e religiosos”. Mesmo assim, conclui Lafer, “o caráter universal dos direitos humanos acha-se consagrado no documento, de modo inequívoco”.¹²

Contemporaneamente, aliás, conta-se com um vasto aparato normativo internacional, hábil a atender às variadas demandas da infanto-adolescência, em qualquer dos Estados-partes subscritores e, por conseguinte, em qualquer região do planeta.¹³

Fixada, pois, a preponderante marca universalista no trato dos interesses da infância (em contraposição à tese relativista, que procura dar relevo a fatores ligados a regionalismos culturais), necessário se faz, de seguida, enveredar por uma breve abordagem do conteúdo da vitoriosa doutrina da proteção integral.

Diferentemente do que sucedeu com a linguagem empregada pelo legislador estatutista, que de modo expresse proclama que o ECA “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (cf. art. 1º da L. 8.069/90), o constituinte brasileiro de 1988 não chegou a se apropriar explicitamente dessa nomenclatura

11 - *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 161.

12 - Obra citada, p. 167.

13 - CURY, GARRIDO e MARÇURA, em seu *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 19, observam que “a doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (*Regras de Beijing*); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (*Diretrizes de Riad*)”.

(art. 227 da CF), não se podendo, contudo, pôr em dúvida sua desassombrada opção pela multicitada proposta integralista, cuja postura implicou, desde logo, na simultânea convocação da família, da sociedade e do Estado para, conjugadamente, desincumbirem-se do grande empreendimento consistente na concretização dos fundamentais direitos conferidos a crianças e adolescentes (da sua vida intra-uterina à fase do jovem adulto), sempre em regime de absoluta prioridade.

Nesse fio, avultam grandes diferenciais estabelecidos pela concepção integral, que, numa dimensão subjetiva, elege como seu alvo destinatário o público infanto-juvenil, nele reconhecendo um nicho composto de ‘sujeitos titulares de direitos’, sendo que alguns desses direitos revelam-se comuns a toda e qualquer pessoa, enquanto outros, específicos e próprios da peculiar condição de desenvolvimento vivenciada por crianças e adolescentes. De outra parte, agora numa dimensão objetiva, ao conclamar a co-atuação das entidades família-sociedade-Estado, a doutrina da proteção integral faz descortinar a percepção de que todos os esforços devem ser empregados em busca da realização do denominado ‘superior interesse’ daqueles sujeitos presumidamente mais frágeis e, por isso mesmo, incapacitados de, por suas próprias forças, sorverem dos direitos positivados em seu benefício.

Nesse passo, assoma de grande utilidade o esclarecedor apontamento tecido por Alberto Vellozo Machado, ao considerar que “nem a Constituição Federal, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizaram as expressões ‘superior interesse, melhor interesse ou maior interesse’, no entanto o Direito Brasileiro assimilou-as quando adotou a Doutrina da Proteção Integral estabelecida na Convenção Sobre os Direitos da Criança. Este compromisso internacional, por sua vez, dispõe expressamente do ‘superior interesse’ e tal princípio ingressou no sistema jurídico brasileiro através da sua ratificação pelo Brasil com o Decreto 99.710/90”.¹⁴

Tem-se, então, que, sob o signo da integral proteção, crianças e jovens são guindados à condição de reais cidadãos e senhores de dignidade, não mais visualizados como simples sujeitos passivos (objetos) de intervenção da família, da sociedade e do Estado. O reconhecimento, em acréscimo, de que se encontram em

¹⁴ *Os direitos de personalidade no estatuto da criança e do adolescente*. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada, Curitiba, UFPR/2001, p. 131. Nesse mesmo trabalho acadêmico, acrescenta seu autor que, “em todas as esferas, sejam administrativas ou judiciais, não se ignorará tais sujeitos de direitos, propiciando-lhes acesso a todas as situações que atinjam, afetem seus interesses, decorrendo, dessa perspectiva dilatada, que nenhum setor do Direito poderá recusar o exame, objetivamente, do superior interesse da criança, caso essa possa ser atingida pelos efeitos do exercício de suas regras e princípios, ainda que apenas mediatamente” (p. 138).

peculiar condição de desenvolvimento, dado o não atingimento de sua maturidade físico-psíquica, é o fator que reivindica e torna legítimo o chamamento daquelas três entidades constitucionalmente afetadas para essa tarefa substitutiva, de natureza transitória mas permanentemente prioritária, enquanto perdurem os fatores incapacitantes de cada criança ou adolescente.

Apropriadas, nessa quadra, as textuais palavras de Antonio Carlos Gomes da Costa: “De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral, defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadoras da continuidade do seu povo, da família e da espécie humana e o reconhecimento de sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa de seus direitos”.¹⁵

Já no sentir de Cury, Garrido e Marçura, “a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”.¹⁶

Em análise retrospectiva, Maria de Fátima Carrada Firmo considera que, “ao revogar o velho paradigma, representado pelas Leis nº 4.513/64 (Política Nacional de Bem-estar do Menor) e 6.697/79 (Código de Menores), o Estatuto cria condições legais para que se desencadeie uma verdadeira revolução, tanto na formulação das políticas públicas para a infância e a juventude, como na estrutura e funcionamento dos organismos que atuam na área, inaugurando uma nova etapa no Direito brasileiro ao adotar a doutrina da *proteção integral* da criança e do adolescente”.¹⁷

Desse antevisto panorama, conclui-se que o ordenamento brasileiro se encontra em perfeita sintonia formal com os parâmetros internacionalmente fixados para o trato das questões infanto-juvenis, consubstanciados, sobretudo, na

15 - Obra citada, p. 21.

16 - Obra citada, p. 19.

17 - Obra citada, p. 32.

Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança de 1989. Na sequência, importa referir algumas considerações acerca dos correlatos mecanismos convencionais de monitoramento.

5. O SISTEMA TUTELAR INTERNACIONAL

Continua de inegável atualidade a provocação lançada por Norberto Bobbio, ao denunciar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”, por isso que, ainda em suas palavras, “trata-se de um problema não filosófico, mas político”.¹⁸ O desafio, então, está em se apurar o grau de vitalidade empírica que vêm alcançando as normas de direitos humanos no dia-a-dia.

Nesse leito e na exata fatia dos interesses da infância e da juventude, a preocupação com a efetivação de seus direitos essenciais, em países como o Brasil, ganha contornos de recrudescimento, especialmente em vista de dramáticos números recentemente divulgados pelo UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância). Assim é que, segundo o relatório “Situação Mundial da Infância 2005”, 45% das crianças e dos adolescentes do Brasil vivem abaixo da linha da pobreza, significando que, de todos os 60,3 milhões de brasileiros com menos de 18 anos, 27,4 milhões vêm de famílias em que cada membro sobrevive com menos de R\$ 4,33 por dia, ou seja, menos de meio salário mínimo por mês.¹⁹ Tais números, ao mesmo tempo em que desnudam a inaceitável pobreza da população brasileira, apontam para a necessidade de redobrados esforços de todos quantos se dediquem à causa infanto-juvenil, quer em nível governamental, quer em nível de sociedade civil organizada.

Como conseqüência desse quadro de debilidade econômica das famílias brasileiras, avolumam-se comprovadas denúncias de exploração do trabalho e da prostituição infantil (neste último caso, com os adicionais males introduzidos pelo deletério uso da Internet), além da própria violência oficial, vitimizando, sobretudo, jovens de classes socialmente carentes, de que foi trágico exemplo, aliás, a nunca esquecida “Chacina da Candelária”, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, em 1990.²⁰

18 - *A era dos direitos*. 10ª ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 24.

19 - Informação encontrada no sítio <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp> (consulta feita em 25.10.2005).

20 - Nessa temática, confira-se criteriosas informações em BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo, FTD, 1997, pp. 109 e segs. e DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel*. São Paulo, Ática, 1993.

Todos esses desalinhos causam profundo desassossego, visto que põem em xeque a própria eficiência dos sistemas externos e internos de proteção aos direitos humanos. Conquanto se saiba que a normativa internacional tem sua principiologia calcada em respeitáveis primados, tais como os da boa fé, da *pacta sunt servanda* e da aplicação da norma mais benéfica, é comum, ainda assim, que muitos Estados-partes, senão todos, em algum momento descumpram avenças a que livremente aderiram, gerando frustração perante seus cidadãos e junto aos respectivos organismos internacionais.²¹ Compreende-se, por disso, imprecisões como a proferida por Juan Ramón Capella, ao afirmar que, “se a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* tivesse realmente eficácia processual, a maioria dos governantes do planeta estaria no cárcere”.²²

Quanto ao meios fiscalizatórios do cumprimento da agenda internacionalmente enredada para a infância, é inegável a timidez dos mecanismos de monitoramento constantes da Convenção de 1989, que se limitou a instituir um Comitê (art. 43) para recebimento e avaliação de relatórios quinquenais a serem unilateralmente apresentados pelos Estados-partes (art. 44). Como adverte Flávia Piovesan, sequer “inovam os Protocolos Facultativos à Convenção, na medida em que não introduzem a sistemática de petições ou de comunicações inter-estatais”.²³ Nada obstante, outros procedimentos podem atingir, por via oblíqua, o mesmo desiderato fiscalizador, pois como explica José Augusto Lindgren Alves, “a falta de atribuição ao Comitê de funções investigatórias e semijudiciais para queixas individuais é suprida no âmbito das Nações Unidas por diversos mecanismos, de natureza convencional e não-convencional. Na esfera convencional qualquer comunicação sobre violações pode ser endereçada para exame pelos órgãos competentes do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e do Comitê Contra a Tortura, desde que o Estado implicado tenha aceitado as disposições facultativas sobre a matéria. Na esfera não-convencional, a Comissão dos Direitos

21 - Como ressalta RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p. 32, “é nesta estrutura de confiança que se intercala o laço social instituído pelos contratos e pelos pactos de todos os tipos que conferem uma estrutura jurídica à troca das palavras dadas. O facto de os pactos deverem ser observados é um princípio que constitui uma regra de reconhecimento que ultrapassa o face a face da promessa de pessoa a pessoa. Esta regra engloba todos os que vivem sob as mesmas leis, e, tratando-se do direito internacional ou humanitário, toda a humanidade”.

22 - *Fruto proibido – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 172.

23 - Obra citada, p. 209.

Humanos conta com um Relator Especial temático para estudar e acompanhar os fenômenos da venda de crianças e da prostituição e pornografia infantis. A Subcomissão Para Prevenção da Discriminação e Proteção às minorias conta, por sua vez, com um Grupo de Trabalho sobre as formas contemporâneas de escravidão que dedica grande parcela de seu tempo e de sua atuação às questões da prostituição infantil e da exploração do trabalho de crianças. Denúncias de violações de direitos da criança são regularmente apresentadas nas sessões anuais da Comissão dos Direitos Humanos e da Subcomissão”.²⁴

A título de complemento, adite-se que dentro do sistema regional interamericano, conquanto sem enunciar direitos ou medidas protetivas de modo ostensivo,²⁵ a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil em 25.09.1992), em seu artigo 19, prescreve que “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Logo, conclui-se que lesões ou omissões que evidenciem afronta aos interesses da infanto-adolescência no contexto continental americano, poderão ser objeto de apreciação pelo aparato de monitoramento instituído por essa Convenção, dotado de dois órgãos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 34 a 51) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (arts. 52 a 69). Enquanto a primeira delas, de caráter não-jurisdicional, detém atribuições para conhecer de petições inclusive individuais, que veiculem denúncias ou queixas de violação por Estados-partes (art. 44), a segunda, de cunho jurisdicional, atua em âmbito mais restrito, eis que somente agirá por provocação dos Estados-partes e da própria Comissão antes mencionada (art. 61), tendo suas decisões, por diferencial, força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento, desde que, porém,

24 - Obra citada, p. 173. Pondo fecho ao seu raciocínio, acrescenta Lindgren Alves que, “em vista dessas alternativas, a não-atribuição ao Comitê de funções mais amplas, ao invés de representar uma falha da Convenção, pode ter sido uma virtude. Ela tornou a possibilidade de adesão ao instrumento mais fácil para a maioria dos países, todos os quais, com raras exceções, hesitam, em graus variados, em aceitar incondicionalmente cláusulas mais ‘intrusivas’ – razão pela qual tais cláusulas são sempre opcionais –, seja por política governamental, seja por resistências de segmentos importantes das próprias sociedades. Evitou, por outro lado, mais uma duplicação de atribuições entre órgãos vinculados ou diretamente pertencentes ao sistema das Nações Unidas, fato reconhecidamente prejudicial à própria causa dos direitos humanos, porque, diante da multiplicidade de órgãos externos a solicitar informações e ações sobre a mesma matéria, os governos mais bem intencionados têm dificuldades naturais para atender a todas as demandas” (p. 173).

25 - Mais detalhadamente, tais direitos aparecem arrolados no art. 16 do Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado pela OEA em 17.11.1988 e ratificado pelo Brasil em 21.08.1996.

tenha antes reconhecido a jurisdição da Corte, já que a incidência de tal jurisdição é apresentada sob a forma de cláusula facultativa.²⁶

6. MECANISMOS TUTELARES INTERNOS E O PAPEL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Toca ao Estado, no âmbito dos direitos humanos, a prioritária tarefa de dar fiel cumprimento aos ordenamentos doméstico e internacional. Aliás, no artigo 4º, inciso II, da atual Constituição, vai escrito que um dos princípios reitores da República, em suas relações internacionais, é o da “prevalência dos direitos humanos”.

Por corolário, detém o Estado a responsabilidade de fazer assegurar a fruição dos chamados direitos de personalidade (e também direitos humanos), enquanto atributos intrínsecos da pessoa humana, eis que positivados no vigente ordenamento constitucional. A esse respeito, assinala Elimar Szaniawski: “O constituinte de 1988 incluiu as categorias *direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo* e ao *direito de resposta*, entre outros, como categorias de direitos especiais de personalidade. No entanto, não se pode negar que nossa Constituição em vigor não tenha absorvido a doutrina do *direito geral de personalidade*, adotando-a em seu Título I, concernente aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, protegendo a *dignidade* humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os”.²⁷

No estrito âmbito dos interesses infanto-juvenis, compreensivelmente, é também do Estado a imediata responsabilidade pela espontânea implementação da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, como deflui dos arts. 86 e seguintes do ECA, que, nesse particular aspecto, solicita a co-participação de entidades não-governamentais, as quais, por exemplo, terão imprescindível atuação perante os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, presentes nos três níveis da Federação.

Outro relevante instrumento de fiscalização e aplicação prática dos direitos concernentes a crianças e adolescentes, consiste nos Conselhos Tutelares (arts. 131 e seguintes do ECA), que são órgãos de composição exclusivamente leiga e com atuação restrita aos respectivos territórios municipais, cumprindo salientar que se

26 - Cf. PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 243-4.

27 - *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 136.

tratam de órgãos não jurisdicionais, podendo suas decisões, no entanto, ser revistas pela autoridade judiciária local. No taxativo campo de suas atribuições, os Conselhos Tutelares vêm dando inestimável contribuição ao cumprimento das normas do ECA, justificando plenamente o acerto da convocação da sociedade civil para a o enfrentamento de seus relevantes misteres. Coube à vigente Constituição, aliás, preconizar a participação popular, a teor do que se lê em seu art. 227, § 7º, que, por sua vez, remete ao 204.

O Ministério Público, da mesma sorte, afora suas atribuições em sítio judicial, angariou expressiva margem de ação para, administrativamente, interferir em benefício da efetivação de direitos de crianças e adolescentes (art. 201 do ECA). Também as instituições policiais, em suas frentes de trabalho, vêm primando, diga-se, pela permanente capacitação de seus agentes, visando ao adequado atendimento das ocorrências a seu cargo, não só em nível de campo, como também no desempenho das atribuições de polícia judiciária.

A advocacia, a par de sua imprescindibilidade nas demandas judiciais em que presentes interesses de crianças e adolescentes (arts. 206/7 do ECA), tem se revelado, por seu órgão de classe – a Ordem dos Advogados do Brasil –, instituição intransigente na defesa dos direitos humanos e, nomeadamente, dos direitos relativos à infanto-adolescência, instituindo, em seus quadros, equipes de trabalho altamente especializadas nessas áreas de nevrálgica relevância para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Também nos meandros da sociedade civil organizada grande tem sido o empenho devotado em favor da causa infanto-juvenil, de modo a assegurar a esses sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento o permanente acesso à gama dos direitos que lhes são juridicamente reservados. O trabalho da Pastoral da Criança, para se ficar em apenas um expressivo exemplo, tendo à frente o dinamismo e entusiasmo de Zilda Arns, vem sendo até mesmo ‘exportado’ para outros países portadores das mesmas dificuldades vivenciadas pelo Brasil.

No entanto, ainda que as mencionadas ações governamentais e não-governamentais venham sendo desenvolvidas de modo constante, ainda assim se pode detectar, em várias áreas de interesse das populações de menor idade, um contínuo e preocupante déficit. Esse passivo, absolutamente indesejado, ora é percebido na área da saúde, com a falta de remédios ou UTIs neonatais, ora na área da educação, com a falta de vagas no ensino público fundamental ou em creches, ora na falta de unidades físicas para o abrigamento ou internação de crianças e adolescentes, situações todas que põem a descoberto as deficiências do sistema, com o conseqüente descumprimento de normas convencionais, constitucionais e estatutárias (Lei nº 8.069/90), que, como visto, determinam sejam tais interesses

satisfeitos em regime de prioridade absoluta. Em casos assim, como *ultima ratio*, cabe buscar a coativa intervenção do Poder Judiciário, para aí se obter a providência recusada em detrimento da criança e do adolescente. Impende, nessa trilha, examinar a questão desde a perspectiva jurisdicional.

7. O INDELEGÁVEL PAPEL DO JUDICIÁRIO

A autoridade judiciária nacional, em todos os seus escalões hierárquicos, recebeu da Lei nº 8.069/90 a alta e intransferível missão de prevenir ou restaurar lesões que violem direitos de crianças e de adolescentes. O artigo 148 do ECA informa as hipóteses afetas à privativa competência da Justiça da Infância e da Juventude, não se afastando, porém, a possibilidade de que outros juízos, dentro de suas competências legais e nos casos relacionados a crianças e adolescentes, no que couber, também apliquem as regras do ECA.

A tal propósito, não se pode perder de vista essenciais diretrizes fixadas pela Convenção Sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), como, por exemplo, a de que, “Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por (...) tribunais (...), terão consideração primordial os interesses superiores da criança” (art. 3º, 1.), ou, ainda, a de que “(...) à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito (...)” (art. 12, 2.) ou, ainda, a de que toda criança privada de liberdade tenha, dentre outras exigências, “(...) uma rápida decisão a respeito de tal ação” (art. 37, ‘d’).

Em nível doméstico, a Constituição Federal, no artigo 227, fornece valioso aplicativo, ao prever que todos os direitos que arrola em benefício de crianças e de adolescentes serão assegurados em regime de absoluta prioridade, lineamento a ser observado também pelo Estado e, por conseguinte, pelas autoridades jurisdicionais a tanto envolvidas. No mesmo artigo, parágrafo 3º, inciso V, impôs o constituinte que o órgão judicial, na aplicação de medida privativa de liberdade ao jovem infrator, faça-o tendo em mira os critérios da excepcionalidade, brevidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

À sua vez, o legislador estatutista, espelhando-se em regra existente na Lei de Introdução ao Código Civil, fez prescrever, no artigo 6º do ECA, *verbis*: “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

As regras acima colacionadas, em seu conjunto, deverão nortear a atividade

judicante, na exata dimensão de que crianças e adolescentes “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (art. 3º do ECA). De grande vulto se descortina, pois, a ingente tarefa do Poder Jurisdicional, que, demonstra-o a praxe, maior dificuldade enfrenta quando se depara com litígios deduzidos em face do Estado-administrador. Não raro, em suas defesas técnico-processuais, o Poder Público, seja em ação individuais seja em ações coletivas, perfila alegações que vão desde a impossibilidade financeira de arcar com as providências práticas pleiteadas na demanda, até argumentos que sugerem a impossibilidade jurídica de o Judiciário interferir nas iniciativas reservadas à discricionariedade do Executivo, mercê da cláusula constitucional asseguradora da independência entre os Poderes (art. 2º da CF). Com base em tais subterfúgios, muitas dessas ações acabam efetivamente rejeitadas.

Algumas ponderações, entretanto, necessitam vir a lume. Em primeiro lugar, no que tange às dificuldades financeiras tradicionalmente invocadas pelo gestor público, não se desconhece que mesmo a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, seguindo o padrão de outros documentos internacionais na área dos direitos humanos, faz expressa alusão à cláusula da ‘reserva do possível’ (notadamente nos arts. 4º e 27, 3.), relativamente à implementação dos direitos de segunda geração, quais sejam, os econômicos, sociais e culturais, que, sabidamente, dependem de um agir positivo do Estado, calcado em aporte financeiro. Em que pese esse tipo de dificuldade prática, certo é que, especialmente no campo das ações civis públicas, nada obsta que a respectiva decisão de procedência conceda prazo hábil para que o Estado sucumbente, no tocante à verba necessária para fazer frente à obrigação a que foi condenado (p. ex., ampliação da ala pediátrica de um hospital público), providencie sua indispensável inserção orçamentária. Uma coisa é a comprovação da inexistência de verba, outra, bem diferente, é o mero discurso em torno de meros entraves burocrático-orçamentários... Noutro giro, em situações de absoluta urgência, não será dado ao Estado negar o fornecimento de um determinado remédio à criança ou adolescente, em desrespeito a um comando judicial, sob o argumento de falta de previsão orçamentária para suportar tal despesa, já que esse obstáculo não pode se sobrepor ao bem maior e periclitante, concernente à saúde e à própria vida do paciente. Devem, em tais circunstâncias, prevalecer o superior interesse da criança e do adolescente, bem assim a absoluta prioridade no atendimento desses interesses.

Em segundo lugar, por idênticas razões, estando em jogo direitos titularizados por crianças e adolescentes, desmerece agasalho qualquer discurso tendente a exonerar o Estado de suas obrigações, com lastro em distorcida interpretação do princípio da separação dos Poderes. Nesse vetor, não há lugar

para o exercício de nociva discricionariedade quando se está à frente de pleiteados direitos que, por força de cogente norma constitucional, devem merecer satisfação e atendimento prioritários. Ademais disso, não é lícito deslembrar, o artigo 2º da Constituição não se restringe a proclamar a independência entre os Poderes da República, asseverando, em acréscimo, que eles também serão ‘harmônicos’ entre si, significando dizer que a quebra dessa harmonia, por um deles, autoriza a que qualquer dos outros busque recompô-la. É o que fará o órgão jurisdicional, provocado a esse respeito pela parte interessada, ao expedir o pertinente provimento sentencial, visando à restauração da harmonia entre os Poderes.

Não se trata, em qualquer das hipóteses aventadas, de permitir ao Judiciário que usurpe as funções do Administrador faltoso, mas, para antes disso, que, em nome de um eficiente sistema de freios e contrapesos, possa o Poder Judicante, enquanto última salvaguarda dos cidadãos e das instituições, restaurar o próprio Estado de Direito violado. Aliás, num país como o Brasil, em que vigora o princípio da jurisdição una, o cidadão, quando vilipendiado em seus direitos pelo próprio Estado, não dispõe de outra instância compositiva para recorrer que não a jurisdicional. Na busca da efetivação de direitos sociais, enfrentando a questão orçamentária, propõe Clémerson Merlin Clève, *in verbis*:

Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo. O papel do Ministério Público, neste particular, é da maior importância. Incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. O controle da constitucionalidade das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, igualmente, pode ser suscitado pelo Ministério Público.²⁸

Existem, pois, caminhos juridicamente viáveis com vistas à realização dos direitos sociais prometidos na Carta Republicana (art. 6º), embora alguns percalços sejam apontados, até de forma contundente, em sede doutrinária, como se observa na crítica desvelada por José Eduardo Faria, nos seguintes termos:

O que se tem visto, porém, é que o Judiciário assumiu uma postura relativamente contemporizadora diante do advento dos direitos sociais. Invocando a independência dos poderes na melhor tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado, ele se tem furtado a *enquadrar* o Executivo – uma inércia que se dá, justamente, no momento em que este poder, a pretexto da resolução de sua ‘crise fiscal’, vem promovendo cortes drásticos em suas políticas públicas e, sob a forma de programas de privatização nos campos de saúde, educação e previdência, procurando fugir de suas obrigações sociais.²⁹

É de se confiar, no entanto, que as autoridades judiciais, com serenidade e inarredável independência, sempre que provocadas a dirimir controvérsias em que presentes interesses de crianças e de adolescentes, seja em ações individuais seja em demandas coletivas, dirigidas ou não em face do Estado, produzam decisões em que os referenciais axiológicos da legislação infanto-juvenil sejam postos em primeiro plano. É nesse intuito que, a seguir, virão declinadas algumas ementas de importantes decisões, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, as quais, supõe-se, prestar-se-ão, ainda que perfunctoriamente, a denotar a repercussão que vem alcançando o temário infanto-juvenil nessas elevadas Cortes.

8. TENDÊNCIA NOS PRETÓRIOS

Principia-se por trazer alguns posicionamentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal. No primeiro deles, registra-se a firme primazia do direito concernente à saúde da criança e do adolescente, a ser atendido pelo Sistema Público. Eis a ementa:

28 - O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003, p. 298-9.

29 - O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 108.

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 31.03.2000, p. 060)

Em seguida, reproduz-se entendimento que valida a precursora inserção, no ECA, do crime de tortura contra crianças e adolescentes, cujo julgado possui a seguinte síntese:

O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão. (HC 70.389, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/08/01)

Seqüentemente, menciona-se significativa decisão, em que a Excelsa Corte, resolvendo embate relativo à guarda de filhos, à luz do artigo 227 da Constituição Federal, faz realçar o direito que têm eles (os filhos) de serem ouvidos em juízo, em harmonia com regra assim estatuída pela Convenção de 1989. É esse o teor:

As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da

definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. (HC 69.303, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 20/11/92)

Traz-se, agora, uma última decisão da Corte Suprema, na qual se pôs em evidência a legitimidade do *Parquet* para postular o reconhecimento de paternidade em benefício de criança, pretensão diretamente relacionada com seu direito de personalidade. Leia-se:

A Lei 8.560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. (RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12/03/04)

De parte, agora, do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se de valia reportar, inicialmente, duas exemplares decisões que, em comum, rechaçam a tese de que o Judiciário, ao acolher ação civil pública que implique em obrigação de fazer para o Estado (direitos sociais), esteja invadindo as esferas de competência e de discricionariedade do Executivo. Seguem as duas ementas sob consideração:

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país.

O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no

preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicação pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos.

Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido. (REsp 575280/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU 25.10.2004, p. 228).

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

“Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.”

3. Violação de lei federal.

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da

defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito. (REsp 577836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28.02.2005, p. 200)

Recorta-se, agora, emblemática decisão, na qual, também em ação civil pública com pedido de obrigação de fazer (instalação de programa sócio-educativo), rejeitou-se argumentação da Fazenda demandada no sentido de que não poderia desincumbir-se da prestação, em vista de óbices orçamentários, licitatórios e de responsabilidade fiscal. Diz o julgado:

PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO À

ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. Controvérsia gravitante em torno da possibilidade jurídica do pedido formulado em ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, que objetiva a criação e instalação, no município de Ribeirão Preto, de programa sócio-educativo destinado a adolescentes em regime de semi-liberdade previsto no artigo 90, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Alegação de que o prazo exíguo para o cumprimento da obrigação de fazer caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da sujeição dos entes públicos às Leis de Licitações e de Responsabilidade Fiscal, no que aludem à necessidade de previsão orçamentária para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa.

3. A possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, cuja ausência enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, abrange não apenas a previsão legal da pretensão do autor, mas, antes, que a mesma não se encontre “vetada” pela ordem jurídica.

4. Causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, verbis: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

5. O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto.

6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

7. Ademais, o magistrado não fica adstrito ao prazo, para o cumprimento da obrigação de fazer, indicado pelo Ministério Público, sendo-lhe defeso, contudo, a prolação de sentença que incorra em um dos vícios de julgamento elencados

no artigo 460, do CPC.

8. Recurso especial desprovido. (REsp 630765/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 12.09.2005, p. 214)

Colaciona-se, de seguida, dois acórdãos que, lastreados em idêntico e inconsistente raciocínio, vetaram o emprego, pelo Ministério Público, de ação civil pública para a tutela de interesses que, embora indisponíveis (saúde e educação), tinham por beneficiárias, numa das ações, uma única criança, e na outra, duas. Estranha-se a solução assim alvitrada, haja vista que o ECA, em seu artigo 201, inciso V, de forma explícita, admite a propositura de ação civil pública, pelo *Parquet*, não apenas para a proteção de interesses difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, mas, também, para a proteção de interesse individualmente considerado, vale dizer, ainda que de uma única criança ou adolescente (é o que se lê, insista-se, na letra do dispositivo legal). Tal ampliação de cobertura encontra justificativa, quando menos, na doutrina da proteção integral. Vão as duas ementas:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.
2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).
3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei 9.394/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.
4. Na ação civil pública atua o *parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.
5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.
6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 706652/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18.04.2005, p. 298).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR.CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido. (REsp 664139/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU 20.06.2005, p. 222).

Encerra-se essa brevíssima remissão a decisões do Superior Tribunal de Justiça, trazendo-se à mostra duas ementas em que, vez mais, reafirma-se a possibilidade de o *Parquet* poder agir processualmente em favor da proteção de indisponíveis direitos sociais de crianças e de adolescentes, seja mediante a utilização de *mandamus* seja mediante o emprego de ação civil pública, ainda que na defesa de uma só criança necessitada. Confira-se as respectivas ementas:

ADMINISTRATIVO – ENSINO INFANTIL – CRECHE PARA MENORES – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Tem o Ministério Público legitimidade para, via ação mandamental, requerer o cumprimento de políticas sociais.

2. Hipótese em que a pretensão mandamental não pode ser seguida pela específica determinação.

3. Recurso especial improvido. (REsp 503028/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 16.08.2004, p. 191).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. MENOR POBRE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em

defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de menor pobre. Precedentes: REsp 296905/PB e REsp 442693/RS.

3. O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

4. Embargos de declaração conhecidos e providos para afastar a omissão e complementar, com maior precisão, a fundamentação que determinou o provimento do recurso para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado. (EDcl no REsp 662033/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 13.06.2005, p. 183)

Como se pôde aferir dessa exígua amostragem jurisprudencial (não dirigida, diga-se), as duas mais altas Cortes brasileiras vêm dando encorajadoras evidências, com poucas exceções, de que se acham, ambas, em auspicioso compasso com a contemporânea principiologia reitora do direito infanto-juvenil, quer na perspectiva do ordenamento jurídico interno, quer na perspectiva da normativa internacional. As decisões antes alinhadas, na sua maioria, autorizam acreditar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, após seus três primeiros lustros de vida, continuará propiciando, em sua diuturna aplicação, ricas contribuições em prol da população infanto-juvenil brasileira. Quiçá os direitos prometidos nessa diferenciada legislação vejam-se, progressiva e voluntariamente, assegurados pelas próprias famílias, pela sociedade civil e pelos governantes, até ao ponto de não mais se necessitar da coativa intervenção judicial, quando, então, diferentemente do que alinhavado no primeiro item deste trabalho, a população já não verá o ECA com desconfiança e incompreensão, mas sim como um aliado para viabilizar o pleno exercício da cidadania por parte de crianças e de adolescentes.

9. CONCLUSÃO

Do quanto considerado, pode-se aduzir que a população, de um modo geral e embora já decorridos quinze anos de sua vigência, ainda se mostra cética em relação aos bons propósitos do ECA, sobretudo em razão da falta de adequadas informações sobre essa legislação. Do ponto de vista técnico-jurídico, é de se reconhecer que o aparato normativo brasileiro, na área infanto-juvenil, guarda perfeita consonância com as balizas internacionalmente demarcadas em sede de

direitos humanos, destacando-se, como fator de coesão, a benfazeja absorção da consagrada doutrina da proteção integral, núcleo ativo da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. A questão fundamental, então, reside no grau de efetividade a ser alcançado a partir da empírica aplicação dos regramentos de regência, encontráveis, internamente, no artigo 227 da Constituição e na Lei nº 8.069/90. No plano dos mecanismos de monitoramento, conta-se, sobretudo, com o aparato interno, representado, em sua dimensão coativa, pelo Poder Judiciário, que, nas lides que lhe chegam, acaba tendo por maior inadimplente contumaz o próprio Estado-executivo. Confia-se, então, que a autoridade judicante rejeite inaceitáveis evasivas, que vão desde alegadas dificuldades financeiro-orçamentárias até injurídicos argumentos concernentes a potencializada independência entre os Poderes e conseqüente intangibilidade da discricionariedade do Administrador público, máxime ao ensejo das escolhas políticas atinentes ao cumprimento dos direitos sociais devidos à população e, por conseqüência, às crianças e aos adolescentes. As Cortes superiores (STJ e STF), a tal propósito, vêm, por suas majoritárias decisões, reprovando a negligência estatal no cumprimento de seus misteres para com a infância e a juventude. À vista dessa independente e corajosa tendência jurisprudencial, divisa-se um futuro favorável e promissor para o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, por certo, passará a contar com a simpatia irrestrita da população.

Novembro de 2005.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito. Cadernos Democráticos – 7*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003, p. 291-300.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município* – Série Direitos da Criança 1. São Paulo: Malheiros, 1993.

CURY, GARRIDO e MARÇURA. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel*. São Paulo: Ática, 1993.

FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94-112.

FIRMO, Maria de Fátima Carrado. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MACHADO, Alberto Vellozo. *Os direitos de personalidade no estatuto da criança e do adolescente*. Dissertação de Mestrado apresentado e aprovada, Curitiba, UFPR/ 2001.

MORO, Alfredo Carlo. *Manuale di diritto minorile*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo, LTr, 1999.